Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

nachzuforschen, wenn einmal die Parteien gegenseitig ihre Bevollmächtigten anerkannt haben. [Bericht aus M. vom 26. März 1855.]

Bei den Gerichtsverhandlungen denen wir angewohnt haben, ist auch äußerst selten der Bevollmächtigungspunkt unter den Parteien zur Sprache gekommen. Die Anwälte legen sich gewöhnlich gleich bei Beginn eines Processes ihre Vollmachten vor, und damit ist der Gegenstand beeinigt. Im Obergerichtsbezirk Nienburg soll es zwar Anfangs häufig vorgekommen sein, daß Proceß-Vollmachten nicht zu den Akten gebracht wurden und die Gegenpartei deshalb den Bevollmächtigungspunkt rügte, allein auch von dorther wird schon unter dem 7. April 1855 die Einhaltung des eben besprochenen gewöhnlichen Verfahrens bezeugt.

(Fortsetzung folgt.)

Für die ordentliche Ersitzung der Emphyteusis und Superficies*).

Von

Herrn Francke.

Auditor zu Göttingen.

Ueber die Ersitzung des emphyteutischen Rechtes finden sich bei den Juristen früherer und jetziger Zeiten die verschiedensten Ansichten.

Zimmern, in seinen und Neustetels rr. Untersuchungen S. 127 und 128, Büchel, Erörterungen III. S. 148, Göschen, Civilrecht §. 324, Schilling, Inst. §. 180 S. 598,

---

*) Inhalts-Uebersicht. I. Die mannichfachen Ansichten über die Ersitzung der Superficies und Emphyteusis (S. 116—118.) — II. Auf dieselbe sind nicht zu beziehen: l. 11 C. 11, 61. l. 7 §. 12 D. 41, 3 nebst §. 30 J. 2, 1. l. 26 u. 39 D. eod. l. 8 C. 7, 29. (S. 119—121). — III. l. 12 §. 2. u. 3 D. 6, 2 in ihrer ursprünglichen Bedeutung. A) §. 2: 1) In vectigalibus. Nicht Provinzialland ist zu verstehen, besonders weil die Publiciana stets die Fiction einer usucapio enthielt und nur möglich war, wo es zugleich solche war. (S. 121—124). Die alia praedia. Bedeutung des quae usucapi non possunt. Es ist falsch von der Unstatthaftigkeit der Ersitzung und überhaupt des Erwerbes von Eigenthum an bestimmten Sachen immer auf solche der Ersitzung und des Erwerbes der Emphyteusis u. dgl. an ihnen schließen zu wollen. (S 124—127.) 2) Bedeutnng und Sinn des ganzen §. 2. Vertheidigung des angenommenen Sinnes gegen die Angriffe von Zimmern und Pepin

Valett, Pand. §. 282 wollen keinerlei Ersitzung anerkennen. Auch Donell, welcher sich in seinen Commentarien allerdings nicht geradezu ausspricht, müssen wir dieser Partei zuzählen, wenn wir daselbst im Cap. XIII. den §. 8 mit den §. 12 fg. und im Cap. XVI. den §. 9 mit den §§. 11 bis 21, besonders aber mit §. 15 vergleichen.

Zwei ältere Juristen, welche einzig 40jährige Ersitzung zuließen, werden von Glück, Kommentar VIII, S. 469 Note 63 genannt.

Nur translative außerordentliche Ersitzung lassen zu: Unterholzner, Verjährung II. S. 247—259, Buchholz, juriſt. Abhandl. S. 321, Sintenis, Civilrecht S. 538, Pepin le Halleur, histoire de l'emphytéose S. 103—106.

Sowohl als konstitutive, wie als translative wird die außerordentliche Ersitzung, aber auch nur diese, zugelassen von Vallan, de jure emph. (1710), Mevius, decis. p. III dec 288 in f., Mühlenbruch, Pand. §. 297 N. 11, Seuffert, Pand. §. 187 N. 5, Fritz, Erläuterungen zu Wening-Ingenheim S. 403, v. Vangerow, Leitfaden (6) I. S. 905 fg. Letzterer variirt von seinen Parteigenossen indeß dadurch, daß er mit verschiedenen andern in diesem Falle eine besondere Art der Ersitzung sehend, dann ordentliche Ersitzung der Emphyteuse zuläßt, wenn ein anderer das Eigenthum eines Grundstückes ersitzt, der alte Eigenthümer aber als Emphyteuta auf demselben sitzen bleibt

---

le Halleur. Er stimmt mit allgemeinen Aussprüchen der Quellen. Dieses thun nicht die Auslegungen von Schmid und von Büchel. Der bei dem angegebenen Sinne in §. 2 enthaltene scheinbare Widerspruch schwindet ganz bei Betrachtung der Klagformeln. (S. 127 — 134.) — B) §. 3. Erklärung desselben im Ganzen. Insbesondere des: a non domino. Abwehr etwaiger Folgerungen aus diesen Worten für §. 2. (S. 134 — 139.) — C) Voraussetzungen der in §. 2 u. 3 gegebenen Publicianae. (S. 137 — 138.) — IV. l. 12 §. 2u. 3 D. 6, 2 in Justinian's Gesetzb. (S. 138—140).— V. Schlußfolgerung der ordentlichen Ersitzung der Emphyteusis und Superficies aus l. 12 §. 2 u. 3 cit. Abwehr der Lehre, daß nur sog. translative zu folgern sei. (S. 140 — 142). — VI. Die Frage ohne Rücksicht auf l. 12 §. 2 u. 3 cit. 1) Für ordentliche Ersitzung im Gegensatz zur außerordentlichen — 2) Für die Analogie der Eigenthums-Ersitzung. 3) Für und wider die fragliche Ersitzung überhaupt. 4) Gegen den Unterschied translativer und constitutiver Ersitzung. (S. 142 — 145).

Desgleichen nehmen Glück a. a. O. VIII. S. 649 fg. und eine Anzahl Juriſten dieſes und des vorigen Jahrhunderts, welche von jenem daſelbſt N. 62 angeführt werden, unter ihnen Thibaut, ſowohl konſtitutive, als translative Erſitzung an, aber nach Art der Servituten-Erſitzung. Ihnen ſchließt ſich Mackeldey, Pand. §. 298, an, welcher jedoch nur translative Erſitzung anerkennt, indem er lehrt, daß die ſog. konſtitutive mit ſtillſchweigendem Beſtellungsvertrage zuſammenfalle.

Für ordentliche Erſitzung nach Art derjenigen des Eigenthümers entſcheiden ſich Puchta, Pand. (3) §. 177 und Du Roi, Hdlbgr. Archiv VI. S. 397 u. 398, laßen ſie aber nur als translative zu. Dagegen erwähnt Burchardi, röm. Recht §. 178 N. 38 und §. 176, N. 13—15, der ordentlichen Erſitzung nur als konſtitutiven.

Ohne ſolchen Unterſchied lehren dagegen ordentliche Erſitzung außer den bei Glück a. a. O. Note 61 citirten Juriſten die Gloſſe, ad l. 36 D. de usucap. et usurp. 41, 3, Bachovius, ad Treutlerium Vol. I. disp. 29 th. 11 lit. B (B. I, S. 1132), Blumbacher, de emph. (1661), Adami, de emph. II. 7 (1676), Philippi, de agri vect. th. 10 (1712), Faure, de j. emph. (1819), Schweppe, RPR. §. 324, Wening-Ingenheim, Civilrecht (5) §. 159, Geſterding, Eigenthum S. 417, Schmid, gem. deutſch. bürg. R. II. S. 11 fg., Arndts, R.-Lex. III. S. 873—878 und Pand. §. 198.

Jacobi, de j. emph. (1661) und Vuy, de orig. et nat. j. emph. Rom. Note 98, erwähnen dieſe Frage nur als beſtritten, ohne Partei zu nehmen, erſterer mit der Bemerkung, daß ſie gar zu häcklich ſei. Auch habe ich weder bei Vallascus, quaest. j. emph. (1599), obgleich derſelbe ſeine Vollſtändigkeit anpreiſt, noch bei Leoninus, ad tit. Dig. si ager vect., noch bei Mautius, de emph. (1633), noch bei Tollens, de emph. (1834), auf dieſe Frage eine Antwort gefunden. Diejenigen der von Schmid a. a. O. S. 1 angeführten Einzelſchriften, welche unter den genannten nicht vorkommen, ſind mir unzugänglich geweſen.

Ueber die Erſitzung der Superficies nehmen, wie ganz natürlich iſt, alle angeführten Schriftſteller, welche ihrer überhaupt erwähnen, daſſelbe an, was ſie für die Emphyteuſe gelten laſſen.

II. Diese Mannichfaltigkeit der Ansichten rührt daher, daß über die Ersitzung der beiden fraglichen Rechte in den Quellen nirgends geradezu entschieden wird. Ja, es giebt überhaupt nur wenige Stellen des römischen Rechtsbuches, in welchen man ein Zeugniß gegen oder für sie zu finden irgend geneigt sein könnte.

Es sind dies l. 11 C. de fundis patrimonialibus 11, 61, l. 7 §. 12 D de acquirendo dominio 41, 1, nebst §. 30 I. de rerum divis. 2, 1, l. 26 und l. 39 D. de usuc. et usurp. 41, 3, l. 8 C. de praescr. 30 vel 40 ann. 7, 39, l. 11 §. 2 u 3 D de Publiciana 6, 2.

In l. 11 C. 11, 61 garantirt allerdings Anastas auch Emphyteuten 40jährigen Besitzstand, aber nur solchen auf kaiserlichen Grundstücken. Daß dieses Gesetz heutzutage nicht etwa auf landesherrliche Güter anzuwenden sei, darüber ist man längst einig. Aber sie beweist auch nicht, daß nach römischem Rechte überhaupt Ersitzung des amphyteutischen Rechtes Statt gefunden habe. Denn solche ist nach ihm nur möglich, wenn der Besitz entweder in gutem Glauben oder wenigstens fehlerlos erworben ist. Anastas aber garantirt hier jedweden Besitz, somit auch den, welcher im bösen Glauben, und sogar den, welcher mit Vergewaltigung oder Hintergehung des früheren Besitzers erworben ist.

Daß l. 7 §. 12 D 41, 3 und die ihr so gut wie gleich lautende §. 30 J 2, 1 nicht, wie Burchardi a. a. O. S. 457 N. 15 meint, wenigstens gegen einzelne Arten der Ersitzung des superficiarischen Rechtes sprechen, das zu widerlegen und zu beweisen, daß sie vom Eigenthum an Dingen über dem Erdboden reden, dazu brauche ich wohl nur ihre bekannten Anfangsworte herzusetzen: Ex diverso si quis in alieno solo sua materia (Inst: domum) aedificaverit, illius fit aedificium, (Inst: domus) cujus et solum est.

Eben so wenig spricht im allgemeinen gegen solche Ersitzung l. 26 D. 41, 3, welche Burchardi a. a. O. N. 14, Unterholzner a. a. O. Note 689 und Mühlenbruch a. a. O. §. 298 Note 18 mit solcher Behauptung citiren. Sie sagt nämlich: Numquam superficies sine solo capi longo tempore potest. Denn daß auch sie von der Ersitzung des Eigenthums am Boden und an Dingen über demselben redet, darauf weist nicht nur ihre Stel-

lung in einem Titel hin, welcher nur von der Erſitzung jenes Rechtes handelt, das offenbaren ihre eigenen Worte, indem nicht superficies und dominium, ſondern superficies und solum einander gegenüber geſetzt werden; das lehrt auch ſchon die Gloſſe.

Daſſelbe gilt von l. 39 D. eod., welche lautet: Si solum usucapi non potest, nec superficies usucapitur. Ich erinnere mich allerdings nicht, dieſe Stelle in unſerer Streitfrage verwendet geſehen zu haben. Indeß könnte man es mit demſelben Rechte thun, wie man es mit l. 26 cit. gethan. Man könnte einerſeits daraus beweiſen wollen, daß die Superficies gerade da, wo ſie in der alten Welt am meiſten vorkam, auf öffentlichem Grund und Boden unerſitzbar geweſen ſei. Man könnte ſie aber andererſeits auch als argumentum a contrario benutzen wollen.

Sehr leicht könnte man geneigt ſein mit Seuffert, Fritz, Vangerow, Burchardi in der l. 8 C. 7,29 auch die Anordnung einer Erſitzung des emphyteutiſchen Rechtes zu ſehen. Sie beginnt bekanntlich: Si quis emtionis vel donationis vel alterius cujuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per 10 vel 20 annos possederit et longi temporis exceptionem contra dominos ejus vel creditores hypothecam ejus praetendentes sibi acquisierit post eaque fortuito casu possessionem ejus rei perdiderit, posse cum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus. Wegen des allgemeinen Ausdruckes cujuscunque contractus titulo possidere könnte man Juſtinians Beſtimmung allerdings leicht auf alle diejenigen beziehen, welche titulirten juriſtiſchen Beſitz der Sache haben, ſomit auf den Emphyteuta, wie auf den Fauſtpfandgläubiger. Dann aber würde der letztere, falls ihm das Fauſtpfand von einem Beſitzer im böſen Glauben gegeben wäre, das Pfandrecht erſitzen können. Solches aber nimmt niemand an. Es iſt ſomit auch nicht folgerichtig, in dieſer Stelle die Erſitzung der Emphyteute geradezu angeordnet zu ſehen. Auch geht wohl aus dem Zuſammenhange ſchon hervor, daß unter contractus nur ein Vertrag über Veräußerung der Sache ſelbſt zu verſtehen iſt. Denn ohne Zweifel wird durch den zweiten durch et eingeleiteten Nebenſatz keine neue Bedingung aufgeſtellt; ſondern, damit das im Nachſatz geſetzte Recht in ſeinem Unterſchiede vom bisherigen klar ſich darſtelle,

wird erst die bisherige rechtliche Wirkung der angegebenen Voraussetzungen erwähnt, so daß an der Stelle des et auch ein ita ut stehen könnte. Ist diese Auffassung richtig, — und meines Wissens ist eine entgegengesetzte wenigstens nicht verbreitet — so kann das Wort contractus schon nicht die weitere Bedeutung haben, weil durch die in dem ersten Satze enthaltenen Voraussetzungen weder der Emphyteuta noch der Pfandgläubiger gegen die durch den emphyteutischen oder Pfand-Vertrag nicht mehr ausgeschlossene Vindikation des Eigenthümers eine Einrede keineswegs erwerben, falls dieser selbst ihnen ihre Rechte bestellt hat. Wir müssen also annehmen, daß die l. 8 C cit. eigentlich nur von denjenigen redet, welche als Eigenthümer besitzen.

Die letzte der oben erwähnten Stellen, l. 12 §§. 2 u. 3 D. 6, 2 hat das seltsame Schicksal gehabt, bald gegen bald für die fragliche Ersitzung angeführt und ausgelegt zu werden. Ersteres ist ihr z. B. von Faure, Schweppe, Göschen, Sintenis, Unterholzner und Vangerow, letzteres von Philippi, Puchta und Arndts widerfahren, während sie z. B. von Zimmern und Büchel für gleichgültig erklärt wird. Schon dieses dürfte es rechtfertigen, wenn ich auf diese Stelle in einer Weise eingehe, welcher wohl Weitläufigkeit vorgeworfen werden könnte.

III. Sie ist Paulus Kommentar zum Edikt entnommen und lautet folgendermaßen: (§. 2.) In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. (§. 3.) Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.

Wenden wir uns zuförderst zu §. 2 und bestimmen wir vor allem, von welchen Grundstücken hier die Rede ist.

A. Als vectigales werden von den Römern allerdings oft alle Ländereien bezeichnet, von welchen eine Abgabe zu entrichten ist, so daß dann unter diesen Begriff vor allen der Grund und Boden der Provinzen fällt; dies ist z. B. der Fall bei Cicero, in Verrem II, 3, c. 5. Indeß ist dies keineswegs der Sprachgebrauch der klassischen Juristen, welche, wie z. B. Cajus, comm. II, 21, letzteren vielmehr als stipendiaria und tributaria praedia bezeichnen. Sie verstehen vielmehr unter Vectigalland solches Land, das im Eigenthum des Staates oder auch einer einzelnen Stadt steht und

auf ewig oder mindestens auf lange Zeit zu Erbenzins ausgethan ist; und zwar verstehen sie, wie aus l. 15 §§. 26 u. 27 D de damno inf. 39, 2 klar hervorgeht, darunter vorzüglich Land, das im Eigenthum des Staates steht, gerade wie sie unter ager publicus vorzüglich solches und erst in zweiter Linie städtisches Land verstehen.

Ob Paulus hier vectigalia in dem eigentlichen oder in dem weiteren Sinne gebraucht habe, können wir dahingestellt sein lassen. Jedenfalls wird die Annahme des letzteren, welche ich vorziehen möchte, durch den ohne Zweifel auch auf vectigalibus zu beziehenden Zusatz des „quae usucapi non possunt" nicht im entferntesten gestört. Denn, so bestritten auch die heutige Ersitzung städtischer Grundstücke ist, so möchte doch nicht geläugnet werden können, daß solche der alten usucapio des Eigenthums entzogen waren. (Puchta, Inst. §. 240 N. aaa, Walter, Gesch. d. R.R's. III, 10 Note 110. Unterholzner a. a. O. I. §. 58.)

Daß unsere Stelle wenigstens zunächst in Italien belegenes Vectigalland im Auge hat, folgt schon daraus, daß das Werk, welchem sie entnommen ist, ein in Italien, nicht aber in den Provinzen geltendes Edikt kommentirt. Aber sie konnte zu Paulus Zeit auch gar nicht einmal in den Provinzen angewandt werden, abgesehen natürlich von den Gebieten, welche italisches Recht hatten. Denn bekanntlich galt sonst an Provinzialboden überall keine usucapio. Praedia provincialia non recipiunt usucapionem, sagt Cajus, comm. 2, 46. Immerhin mochte der Beamte dort den gewesenen gutgläubigen Besitzer unter denselben faktischen Voraussetzungen schützen, unter welchen der Prätor die Publiciana gab, — ein Punkt, über welchen uns meines Wissens alle Nachrichten fehlen. Nie und nimmer aber konnte die Klage, die er ihm etwa gab, Publiciana genannt werden, wie die in unserer Stelle erwähnte Klage genannt wird. Publiciana ist stets eine Klage, welche auf der Fiktion beruht, daß eine unvollendete Usukapion vollendet oder eine vollendete Usukapion unvollendet sei. So ist die Formel, welche Gajus IV 34 für die Publiciana der gewöhnlichen Art angiebt. Das deuten die bekannten Worte des Ediktes, welche dieselbe Art betreffen, an: Si .... nondum usucaptum petet, judicium dabo (1 pr D. 6, 2). So giebt

auch Justinian in §. 5 u. 6 J de act. 4, 6 die Publiciana nur als diejenige Klage an, in welcher in Folge prätorischer Erfindung dem Kläger zu sagen erlaubt sei, entweder „eam rem se usucepisse et ita suam esse“ oder „possessorem usu non cepisse et ob id suam rem esse“. Auch die l. 37 D de o. et a 44, 7, meines Wissens die einzige Stelle der Pandekten, welche dieser letzteren ungewöhnlichen Richtung der Publiciana erwähnt, bezeichnet dieselbe für diesen Fall als rescissa usucapione gegeben Man kann auch noch darauf hinweisen, daß die Klage desjenigen, welchem der Niesbrauch oder eine Servitut vom Eigenthümer der Sache ohne die civile Form eingeräumt ist, in l. 1 §. 11 D. 6, 2, der einzigen ihrer erwähnenden Pandekten-Stelle, Publiciana genannt wird, dagegen für die Klage, welche in den Zeiten nach der lex Scribonia die Praxis für den gewesenen langjährigen Quasibesitzer einer Servitut geschaffen hatte, in den Stellen, welche ihrer erwähnen — l. 10 D si serv. 8, 5, l. 1 §. 23 und l. 2 §. 7 D de aq. et aq. pluv. 39, 3 — dieser Name nicht vorkommt. Die erstere Klage enthielt die Fiktion einer Usukapio; das geht offenbar aus einer Vergleichung von Cajus I. 2, 41 mit Caj. II, 17 u. 29 hervor. Bei der andern Klage war dies nicht der Fall, konnte dies gar nicht der Fall sein; die für sie verlangte Besitzeszeit war gewaltig bedeutender, als die zur Usukapion nöthige, so daß eine etwaige Fiktion nicht, wie sonst, in der eines noch nicht geschehenen Zeitablaufes, sondern in einer ganz neuen hätte bestehen müssen, und — was viel bedeutender ist — die Usukapion der Servituten war durch die lex Scribonia verboten; eine Usukapion aber, welche nach den Gesetzen nicht geschehen konnte, konnte auch der Prätor nicht als geschehen fingiren. Dies sagt Paulus im §. 4 desselben Fragments, welchem unsere Stelle entnommen ist: Si talis res sit, sind seine Worte daselbst, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem praetor tuetur, ne contra leges faciat. Welche lex, welches Plebisscitum, welche oratio, welche epistola verbot denn dem Prätor bei den Sachen, welche dem Erwerbe, somit auch der Ersitzung anderer entzogen waren, die sonst überall befolgte Billigkeit nicht zu befolgen, gebot ihm hier ausnahmsweise, so lange der Eigenthümer

seine Rechte nicht geltend machte, denjenigen welcher in guten Glauben und auf Grund eines Titels den Besitz erworben gehabt hatte, nicht zu schützen gegen denjenigen, welcher den Besitz ohne guten Glauben oder ohne Titel oder ohne beides erworben hatte? Sicherlich keiner aller dieser und sonstiger Gesetzes-Arten. Aber wenn ein Gesetz bestimmte: „Res illa usu ne capiatur," so konnte auch der Prätor den Richter nicht anweisen: Si quam illam rem A. A. emit eaque ei tradita est, anno (biennio) possedisset, tum si eam rem q. d. a., ex jure Quiritium ejus esse oporteret, n. a. t. r. q. e. r. e. N. N. A. A. c. s. n. p. a., oder hätte er ihn so angewiesen, der Richter würde ja, auch wenn alle vorausgesetzten Thatsachen vorgelegen hätten, doch nie gefunden haben, daß die Sache dem Kläger hätte nach quiritischem Rechte gehören, daß sie von ihm hätte ersessen werden können, eben weil dies nach dem Gesetze unmöglich war, — hätte also den Beklagten doch freigesprochen. Daß der Ausspruch des Paulus in §. 4 aber nicht auf die Dinge zu beschränken ist, für welche ein gesetzliches Veräußerungsverbot besteht, sondern auf alle der Ersitzung entzogenen Sachen zu beziehen ist, das geht daraus hervor, daß Ulpian, andere Beispiele anführend, allgemeiner in l. 9 §. 5 D. 6, 2 sagt: Publiciana in his quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet.

Wenn also die Publiciana — abgesehen von der für unsere Stelle gar nicht in Betracht kommenden rescissoria Publiciana — immer auf der Fiction der vollendeten Usukapion beruht und immer nur da möglich ist, wo diese Usukapion selbst möglich ist, so folgt daraus, daß wir auch nicht in den aliis praediis, quae usucapi non possunt mit Hasse, rhein. Museum I. S. 114 N. 50 und Savigny, Besitz (6) S. 54 N. 1, eine Interpolation für provincialibus praediis sehen dürfen; an welchen letzteren eben eine Usukapion gar nicht möglich war, wie Hasse und Savigny selbst angeben.

Daß unter diesen andern Grundstücken nicht solche zu verstehen sind, welche wegen einer mit ihnen vorgenommenen Handlung auf einige Zeit der Eigenthums-Ersitzung entzogen sind, sondern solche, welche dies aus demselben Grunde sind, wie die Vectigalländereien, d. h. wegen der Person ihres Eigenthümers, das

dürfte wohl schon wegen der nahen Zusammenstellung der beiden Worte, insonderheit wegen ihrer Verbindung durch das eine „quae usucapi non possunt“ zu vermuthen sein. Solches waren aber, wenn wir zu den vectigalia auch die städtischen Erbenzinsgüter rechnen, zu Paulus Zeit nur die in ganz Italien zahlreichen oder richtiger zahllosen Ländereien der Tempel und Priesterkollegien, welche größtentheils ganz ähnlich wie die Ländereien des Staats und der Städte zu Erbenzins ausgethan zu werden pflegten. Wir finden diese auch sonst in ähnlicher Beziehung mit den Ländereien des Staates oder Kaisers zusammengestellt. So sagt der Titel Cod. 7, 38: ne rei dominiciae vel templorum vindicatio temporis praescriptione submoveatur. So beginnt l. 2 C. eod: Universas terras, quae a colonis sive emphyteuticariis dominicis, juris rei publicae, vel juris templorum in qualibet provincia venditae etc.

Auch Stephanos sagt in den Scholien zu den Basiliken, B. XV, tit. 2, XII, wo sich unsere Stelle wieder findet: *μισεῖται δὲ τὰ βεκτιγάλια καὶ τὰ παρὰ συστήματος ὡσαύτως διηνεκῶς μισθοθέντα.*

Wir werden auch, wenn wir die Bedeutung des Wortes Publiciana in unserer Stelle untersuchen, diese Vermuthung mit Bestimmtheit als richtig erkennen.

Wenn wir unter vectigalia hier nur Staatsgüter verstehen wollen, so würden natürlich die auch oft sogenannten städtischen Güter zu den „andern der Eigenthums-Ersitzung entzogenen“ gehören.

Auch die eben ausgesprochene Auffassung der Worte quae usucapi non possunt habe ich zu rechtfertigen. Denn Göschen a. a. O. bei Note 7 bezieht sie allein auf die Ersitzung des Vectigalrechtes; Schweppe a. a. O. und Unterholzner a. a. O. II. S. 251 und I. S. 192, beziehen sie auf solche beider Rechte; Mühlenbruch a. a. O. bei Note 10, Sintenis a. a. O. und Puchta, Pand. §. 177 Note t, thun das eine oder das andere, ohne daß ich zu entscheiden wagte, welches. Diese beachten indeß sämmtlich nicht, daß, so lange nicht ein ausdrücklicher Zusatz oder der Zusammenhang ein anderes an die Hand giebt, usucapio in den Pandekten stets Ersitzung der Sache selbst, Eigenthums-Ersitzung bedeutet. Sie beachten nicht, daß das Grundstück, an welchem

das vectigaliſche oder ſuperfiziariſche Recht beſteht, allerdings im gewöhnlichen Leben, ja ſogar im Rechts-Verkehr der Römer ſtatt dieſes Rechtes geſetzt wurde, ſolches von den Juriſten ſelbſt aber nur dann geſchah, wenn der ganze Zuſammenhang jeden anderen Sinn unmöglich machte. (l. 32 per D de contr. evict. 18, 1. l. 66 pr D de evict. 21, 2. l. 21 §. 1 D de ac emti 19, 1. l. 71 §. 5 u. 6 D leg I, 30. l. 2—3 D si ager vect. 6, 3. l. 1 u. 2 D de superfice. 43, 18.) Sie beachten nicht, daß die Baſiliken (XV, 2, 12) das usucapi hier durch διὰ χρήσεως κυριευθῆναι wiedergaben, während ſie es ſonſt, wo Mißverſtändniſſe nicht möglich ſind, οὐσουκαπιτευθῆναι oder, z. B. im vorhergehenden Cap., wo ſich der §. 1 unſeres Fragments wiederfindet, durch διὰ χρήσεως κτήσασθαι überſetzen.

Daraus, daß an den Grundſtücken, an welchen zu Paulus Zeit allein Vectigalrecht beſtand, das Eigenthum nicht erſeſſen werden konnte, folgt nicht im entfernteſten, wie es Unterholzner, Schweppe u. a. als ſelbſtverſtändlich anzunehmen ſcheinen, daß an ihnen nun auch das Vectigalrecht und ſomit dieſes überhaupt nicht habe erſeſſen werden können. Nur weil Eigenthum an ihnen ohne beſondere lex oder constitutio (beziehungsweiſe ohne beſonderen Beſchluß der Stadtgemeinde) gar nicht erworben werden konnte, vermochte jenes nicht zu geſchehen. Auch dieſes würde nur dann nicht haben geſchehen können, wenn auch das Vectigalrecht nicht ohne beſondere lex oder constitutio hätte beſtellt und übertragen werden können. So war es aber keineswegs. Die Beſtellung von Vectigalrechten gehörte zum Geſchäftskreiſe beſtimmter Beamten (urſprünglich der Cenſoren); die Vectigalrechte waren im Verkehr der Privaten, wie jedes andere Recht. (cit. 66 pr. D. 21, 2. cit. 71 §. 5 u. 6, D. 30. cit. 1 pr. D. 6, 3 cf. cit. 32 pr. D. 18, 1.)

Das Veräußerungs-Verbot begriff alſo bei öffentlichen Sachen keineswegs das Verbot in ſich, an ihnen Vectigalrechte zu beſtellen. Hieraus abzuleiten, daß überall, wo eine Veräußerung verboten, Beſtellung oder Veräußerung von ähnlichen Rechten erlaubt ſei, würde ein Schluß ſein, eben ſo falſch, als der eben gerügte. Ob dies der Fall iſt, oder nicht, kann immer nur aus Sinn und Zweck des einzelnen Veräußerungs-Verbotes abgeleitet werden und wird

auch nur so stets von den römischen Juristen abgeleitet. So entscheidet auch Ulpian in l. 3 §. 4 D de rebus eorum, qui sub tutela 27, 9 nur, daß das durch Sever's Oratio den Vormündern gegebene Verbot, Acker- und Gartenländereien ihrer Mündel zu veräußern, auch als Verbot, solchen etwa zustehende Emphyteusen zu veräußern, zu verstehen sei. Hieraus folgt allerdings für das justinianeische Recht, daß an Mündelgut emphyteutisches Recht nicht ersessen werden kann, und man muß solches auch für anderes Gut, bei welchem ein Veräußerungs-Verbot in gleichem Sinn und Zweck besteht, wie z. B. für Dotalgut, annehmen; man darf aber daraus keinen allgemeinen Satz ableiten.

In Verhältnissen der Vectigal- und anderer Grundstücke, welche nicht usukapirt werden können, — so sagt also Paulus — findet eine Publiciana Statt.

Ist dieser Satz nicht ganz absonderlich? Enthält er nicht gar einen Widerspruch in sich selbst?

Absonderlich ist er allerdings. Aber es wäre noch absonderlicher, wenn Paulus in den uns vorliegenden beiden §§. nichts Absonderliches oder wenigstens nichts Besonderes sagte, da er dergleichen in allen andern Abschnitten desselben Fragments von der Publiciana vorträgt. Im Proömium führt er einen Fall auf, wo das Eigenthum ihr gegenüber machtlos ist, ohne daß sie durch eine replicatio rei venditae et traditae gedeckt wird. In §. 1 erwähnt er, wie man die Klage haben kann, ohne je Besitz der Sache gehabt zu haben und ohne heres eines früheren Besitzers zu sein. In §. 4 bemerkt er, wie wir bereits gesehen haben, einen Fall, wo alle Billigkeits-Rücksichten sprechen, um derentwillen sonst die Publiciana gegeben wird, wo sie aber gleichwohl nicht gegeben wird. In §. 5 sagt er, daß jemand mit dieser Klage jedes — also auch das von einer gestohlenen Sklavin — bei ihm geborene Sklavenkind verfolgen könne, in §. 6, daß sie auch pro parte, und in §. 7, daß sie auch dem, welcher die Sache nur einen Augenblick in Besitz gehabt, gegeben werde.

Das Besondere, was Paulus nun hier vorträgt, ist aber dieses: Für gewisse Grundstücke findet die usucapio (dominii) — somit auch die Publiciana directa — nicht Statt; gleichwohl aber findet die Publiciana — utilis, vectigalis oder welchen Beinamen man ihr sonst der Benennung der betreffenden Güterart

gemäß geben ſoll — für ſie Statt. Den äußern Schein eines Widerſpruches kann dieſe Auffaſſung der Stelle nur haben, wenn man die in Parentheſen geſetzten Worte ausläßt. Dies aber konnte Paulus thun, ohne irgend den Vorwurf geſuchter, übermäßiger Kürze zu verdienen. „In vectigalibus“ an die Spitze des Ausſpruches ſetzend, weiſt er gewiſſermaßen mit der Hand darauf hin, daß dieſer Ausſpruch über die Publiciana des Vectigalrechtes, über das Vectigalrecht ſelbſt — denn Recht und Klage iſt ja den Römern eins — gethan ſein ſoll. Die Klage als vectigalis zu bezeichnen, daran mochte ihn wohl mehr, als eigenes Belieben, wahrſcheinlich der Umſtand hindern, daß er zugleich von andern Rechtsverhältniſſen, welche dem Vectigalrecht ähnlich oder gleich waren, daſſelbe ſagen will, für die in denſelben beſtehenden betreffenden Klagen aber wohl kein beſtimmter Name beſtehen mochte. Außerdem mochte ein Römer, der immer die Praxis und die Klagformeln vor Augen hatte, wenig Veranlaſſung finden die Publiciana vectigalis mit beſonderen Namen als ſolche zu bezeichnen, da ihre Formel von der gewöhnlichen Publiciana ſich ja nur durch einen ganz geringen Zuſatz, etwa durch ein „Si is ager vectigalis non esset“ unterſchied. Ja, Paulus konnte wohl gar nicht einmal befürchten, daß die von ihm hier genannte Publiciana als Klage aus geweſenen Eigenthums-Beſitz aufgefaßt werden möchte, da das Vectigalrecht und ihm ähnliche Rechte zu ſeiner Zeit ja eben nur an Grund und Boden Statt fand, der nicht zu Eigenthum erſeſſen werden konnte, für welchen ſomit, wie wir oben ſahen, dieſe Klage gar nicht gegeben wurde. Er konnte dies um ſo weniger befürchten, als er noch beſonders auf dieſen Rechtsſatz aufmerkſam macht, indem er ein „quae usucapi non possunt“ in ſeine Rede aufnahm. Als die letztgedachte Klage iſt die Publiciana hier auch ſicher von den Kompilatoren nicht aufgefaßt. Denn auch Stephanos und Enantios in den Scholien zu den Baſiliken a. a. O. faſſen ſie nicht als ſolche auf, ſondern als vectigalis. Der letztere ſagt daſelbſt ausdrücklich: *φησι μὴ ουσουκαπιτεύεσθαι τὸ πρᾶγμα, ἀλλὰ τὸ δίκαιον τοῦ βεκτιγαλίου καὶ τοῦ σουπερφικιαρίου. ἐπ ἀυτῷ οὖν κινεῖσθαι τὴν πουβλικιάνην.*

Dieſe Auffaſſung des Wortes bekämpfen geradezu meines

Wissens nur Zimmern a. a. O. und Pepin le Halleur a. a. O. Beide führen gegen dieselbe an, daß an den zu Vectigalrecht ausgethanen Grundstücken keine Eigenthums-Ersitzung, somit auch keine Ersitzung des Vectigalrechts Statt gefunden habe. Dieser Schluß ist nach dem, was wir oben annahmen, aber falsch. Pepin führt außerdem dagegen noch aus, daß die Schlußworte des §. 2 „si forte bona fide mihi tradita sunt" ja auf die Grundstücke selbst, auf das Eigenthum an ihnen zu beziehen seien. Auf die Grundstücke selbst ist das tradere allerdings zu beziehen. Aber daraus folgt noch nicht, so sehr ich dies auch ersten bei dem usucapere — freilich auch nur als das Regelmäßige — vertheidigt habe, daß das Wort nun allein auf das Eigenthum zu beziehen wäre. Denn tradere ist nicht, wie usucapere, ein Rechtsbegriff, sondern es bezeichnet an sich eine bloße Thatsache, deren rechtliche Bedeutung stets erst aus dem Rechtsgeschäfte ersehen werden muß, zu dessen Erfüllung sie geschieht; ob durch dieselbe Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht oder gar kein solches entstehen soll, wird durch das Wort an sich gänzlich zweifelhaft gelassen. Es ist deßhalb wohl ziemlich überflüssig, wenn ich anführe, daß l. §. 7 D superf. 43, 18 ausdrücklich sagt: Sed et tradi posse intelligendum est (superficiem), ut et legari et donari possit.

Auch um des Sinnes willen, welchen Zimmern in unsere Stelle legt, wird man nicht gerade geneigt sein können, ihm Glauben zu schenken. Nach ihm soll dieser nämlich sein: Bei Vectigalland und überhaupt bei Grundstücken darf man den gewöhnlichen Schluß von der Unstatthaftigkeit der usucapio auf solche der Publiciana keineswegs machen. Bei dieser Auffassung hat allerdings sowohl die ganze Stelle, als auch der in ihr enthaltene Relativsatz eine besondere Bedeutung. Allein diese widerspricht nicht nur mittelbar dem Ausspruch, welchen Paulus in §. 4 desselben Fragments thut, sondern geradezu dem gleichfalls schon erwähnten Satz der l. 9 §. 5 D eod., welchem Ulpian allerdings nur das Beispiel beweglicher Sachen anfügt, den er aber doch ganz allgemein hinstellt „Publiciana in his, quae usucapi non possunt, locum non habebit."

Auch die von Zimmern angeführten Digeſten-Stellen — l. 11 §. 2, l. 12 §. 1 und l. 15 D eod. — beweiſen nichts weniger, als daß der eben erwähnte Schluß und der ihm parallele poſitive Schluß nur „gewöhnlich“ und nicht abſolut richtig ſei. Auch in dieſen drei Stellen, behauptet Zimmern a. a. O. Note 72, werde die Publiciana, aber nicht die usucapio erlaubt. Das iſt ganz richtig. Daraus daß letztere daſelbſt nicht ausdrücklich erlaubt wird, folgt indeß noch nicht, daß ſie daſelbſt ſtillſchweigend verboten werde. Zur usucapio, fährt Zimmern weiter fort, fehlt es nämlich am Beſitz. Als wenn das nicht die ſtillſchweigende Vorausſetzung wäre, daß die für ſolche nöthige Beſitzes-Zeit in einem Falle abgelaufen ſei, im andern nicht, wenn man davon redet, ob die usucapio da Statt finde, wo die Publiciana, und umgekehrt. Uebrigens lehren die Quellen an andern Orten zufälliger Weiſe, daß gerade unter den in den citirten Stellen gemachten Vorausſetzungen — natürlich wenn nur nicht, wie dieſe annehmen, der Beſitz gerade verloren, ſondern die nöthige Zeit hindurch ununterbrochen fortgeſetzt iſt, — auch Erſitzung Statt findet.

Die cit. l. 11 §. 2 ſagt: Partus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei emtorem conceptus est. per Publicianam petendus est, etiamsi ab eo, qui emit, possessus non sit. „Bonae fidei emtores partum ancillae furtivae usu suum faciunt“ ſagt l. 33 pr. D pro emtore 41, 4, während l. 10 §. 2 D eod. daſſelbe vom Jungen eines Thieres angiebt. — Wir leſen in cit. 12 §. 1 D. 6, 2: Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana. „Si defunctus bona fide emerit, usucapietur res, quamvis heres scit alienam esse; hoc et in fideicommissariis, quibus ex S. C. Trebelliano restituitur hereditas .... observatum est“ leſen wir in l. 2 §. 19 D. 41, 4.

In l. 15 cit. ſteht: Si servus meus, quum in fuga sit, rem a non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditae per eum nactus non sim. „Per servum in fuga agentem ... possessio nobis acquiritur“ ſteht dagegen in l. 50 §. 1 D de acq. vel am. poss. 41, 2. Daß die letzten beiden Stellen ſich nicht etwa widerſprechen, ſondern

daß in der ersten vom natürlichen Besitz, in der zweiten vom Recht des Besitzes die Rede ist, dafür brauche ich ja wohl kaum erst Savigny's Autorität (Besitz, 6. Aufl. S. 356, Note 2) anzuführen.

Auch das Beispiel besteht in Wirklichkeit nicht, durch welches Pepin den mehrfach angeführten Schluß als trüglich oder gar unrichtig darthun will. Beim Niesbrauch, behauptet er a. a. O. bestünde nach römischem Rechte keine Ersitzung, wohl aber eine Publiciana, wie im l. 11 §. 1 D. 6, 2 zu lesen sei. Daß im älteren römischen Rechte ein Niesbrauch ersessen werden konnte, falls er von einem Nicht-Eigenthümer bestellt war, möchte nach l. 44, §. 5 D de u. et usuc. 41, 3 freilich zu läugnen sein. Daß solches nach justinianischem Rechte möglich ist, lehrt l. 12 §. 4 C de praescr. l. t. 10 vel 20 an. 7, 33. Es mag daher vielleicht eher dem Willen der Kompilation gemäß, als gegen denselben sein, wenn wir die in l. 11 §. 1 cit. erwähnte Publiciana jetzt auf den von einem Nicht-Eigenthümer bestellten Niesbrauch ausdehnen. Dies heißt aber diese Stelle weit über ihren eigentlichen, ursprünglichen Sinn hinaus erklären. Denn als sie von Ulpian geschrieben ward, bezog sie sich nur auf denjenigen Niesbrauch, welcher jemandem vom Eigenthümer ohne die vom Civilrecht geforderte Form der in jure cessio eingeräumt war. Das zeigen am besten ihre Worte selbst: Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci; item rusticorum; nam et hic traditionem et patientiam tuendam esse constat. Ich habe aber ersten bereits erwähnt, wie aus einer Vergleichung von Caj. 2, 41 mit Caj. 2, 17 s. 29 folgt, daß im älteren Recht für solchen Fall bei Servituten und Niesbrauch auch Usukapion Statt gefunden hat.

Die Richtigkeit des aufgestellten Schlusses ergiebt sich aus den Quellen selbst. Denn nach ihnen findet aus gehabtem Eigenthums-Besitz Publiciana stets da Statt, wo unter Hinzukommen der nöthigen Besitzes-Zeit usucapio des Eigenthums Statt gefunden haben würde. Cum usucapere posse; ergo et Publicianam

habebit ſagt l. 7 §. 2 D. 6, 2 und die oftmals als ihr widerſprechend angeführte l. 2 §. 16 D. pro emtore, 41, 4 ſetzt dieſen Satz geradezu voraus. Sie ſagt nämlich: Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio, et ideo neque de evictione actio competit mihi nec Publiciana nec accessio possessionis" und iſt in ihrem letzten Theile entſchieden ſo zu überſetzen: Auch kann ich (gegen den Geiſteskranken) darum (weil wahrer Kauf nicht vorliegt) mit Erfolg weder wegen Eviktion klagen noch die publiziſche Klage anſtellen (weil ich ſeiner exceptio dominii nicht die replicatio rei venditae et traditae entgegen ſetzen kann) noch (im Interdictum Utrubi) mir die Zeit ſeines Beſitzes zurechnen.

Es findet nach den Quellen die gedachte Publiciana aber auch nur da Statt, wo unter der erwähnten Vorausſetzung die usucapio des Eigenthums Statt gefunden haben würde. Denn in l. 7 §. 17 D. 6, 2 ſteht zu leſen: Publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non poterit und in l. 11 §. 4 D. eod.: Julianus generaliter dicit, ex qua causa .... ex ea causa me usucapere; ex omnibus igitur casibus Publicianam habebo, und ſelbſt, wenn nach l. 8 D. eod. dem Käufer die Publiciana gegeben wird, mag er auch den Kaufpreis noch ſchulden, dagegen die in den Quellen nirgends berührte Frage, ob er unter ſolchem Verhältniſſe erſitzen kann, nicht mit Stintzing (das Weſen von bona fides und titulus in der römiſchen Uſucapionslehre, Heidelberg 1852 S. 110 fg.) bejahend, ſondern mit Unterholzner (Verjährungslehre, I. S. 385) verneinend zu entſcheiden wäre, ſo würde darin nur eine einzelne, durch die bekannte Singularität des Kauf-Rechts bewirkte Ausnahme von der Regel zu erblicken ſein [1]); ſie iſt aber auch nach dem in l. 2 §. 2 D pro emtore 41, 4 ausgeſprochenen Prinzipe m. E. zweifellos mit Stintzing zu entſcheiden.

---

1) Wenn aber Stintzing a. a. O. S. 50 ſich gegen dieſe Regel auf unſere l. 12 §. 2 und auf den ihr vorhergehenden §. 1 beruft, ſo beruht dies in Betreff jener auf dem ſo häufigen Mißverſtändniß derſelben, in Betreff des §. 1 auf einem offenbaren Verſehen, da ja der Erbe ſeine Publiciana, wie ſeine usucapio aus dem Rechte des Erblaſſers herleitet, durch das S. C. Trebellianum aber der Univerſal-Fideicommiſſar wie ein Erbe behandelt wird.

Wenn aber die Publiciana aus verlorenem Eigenthums-Besitz immer da und nur da Statt findet, wo die usucapio folgen kann, so kann und muß natürlich auch aus ihrem Vorkommen stets auf die Möglichkeit der usucapio, nach justinianeischen Recht somit überhaupt der Ersitzung des Eigenthums geschlossen werden. Nach dem, was wir eben und oben sahen, kann die in unserer Stelle erwähnte Publiciana gar nicht die Klage aus verlorenen Eigenthums-Besitz sein. Sie kann mithin auch die letztere Klage nicht als abgeleitete sein, wie sie demjenigen gegeben zu werden pflegt, welchem ein als Eigenthümer Besitzender dingliche Rechte bestellt hat.

Nach dem was wir oben über die Formel jeder Publiciana sahen, können wir aber nicht die von Faure und Schmid a. a. O. vorgetragene Ansicht gutheißen, nach welcher in der vorliegenden Stelle die usucapio, aber keineswegs die praescriptio des Vectigalrechtes ausgeschlossen und auf Grund der letzteren die Publiciana dem Vectigalmanne gegeben ist. Diese Ansicht verwirft auch bereits Enantios in den Scholien zu den Basiliken a. a. O. —

Ebenso wenig aber können wir Büchel folgen, wenn er a. a. O. die fragliche Klage freilich richtig als aus dem Rechte des vectigalischen Klägers selbst, nicht etwa aus dem Rechte des Vectigalherrn entspringend auffaßt, sie aber nicht auf die nach seiner Meinung in der Stelle ausdrücklich verworfene conditio usucapiendi des ersteren stützt, sondern ausdrücklich läugnend, daß diese Klage die Fiction einer vollendeten usucapio enthalten habe, sie vielmehr „auf dem allgemeinen Gesichtspunkte" ruhen läßt „wonach jeder, der meliore jure gaudet, potior sein soll, als der, welcher infirmiore jure possidet." Allerdings hatte der Prätor diesen Punkt im Auge, als er die Publiciana einführte. Aber das ist gerade die Größe der Prätoren, daß sie für allgemeine Billigkeits-Rücksichten bestimmte, feste Formen schufen und mittelst dieser die Richter ständig zu urtheilen anwiesen, statt, wie Büchel hier voraussetzen mußte, nach dem nicht nur verschiedenen Augen, sondern sogar demselben Auge ewig wechselnden Gesichtspunkte allgemeiner Billigkeit im einzelnen Falle erst die Formel zu schaffen oder gar den Richter nur auf ihn zu verweisen. —

So bliebe uns auch nach allem dieſem nichts übrig, als in der fraglichen Publiciana eine Publiciana vectigalis (u. dgl.) zu ſehen. Der Widerſpruch, welchen unſere Stelle dann in ſich enthält, indem ſie zugleich usucapio ausſchließt und Publiciana zuläßt, iſt auch wirklich nur ſcheinbar. Denn der Prätor konnte allerdings nicht ſagen: Si quem agrum vectigalem A. A. emit isque ei traditus est, biennio possedisset, tum si eum agrum d. q. a. ex jure Q. ejus esse pareret etc. Wohl aber konnte er ſagen: Si is ager vectigalis non esset, tum si pareret eum agrum q. d. a. ex j. Q. A^i A^i esse etc., und weil er dies ſagen konnte, ſo wurde die ihm für ſich allein unmögliche Fiktion durch ihre Verbindung mit der zweiten möglich, und er konnte ſagen: Si quem agrum vectigalem A. A. emit isque ei traditus est, biennio possedisset, neque is ager esset vectigalis, tum si pareret eum agrum d. q. a. ex j. Q. A^i A^i e. n. r. a. t. q. e. r. e. N. N. A^e A^o c. s. n. p. a. Dies iſt wenigſtens eine denkbare Form der actio in rem vectigalis als Publiciana und von der directa in rem actio Publiciana nur durch einen kleinen Zuſatz unterſchieden. —

III. B. Wenden wir uns jetzt zu §. 3 unſerer Stelle: Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.

Daß hier geſagt wird, die in rem actio de superficie werde als Publiciana gegeben, verſteht ſich wegen des „Idem est“ von ſelbſt, wenn unſere Erklärung des vorigen §. richtig iſt.

Dies folgt aber auch ſchon aus dieſem §. an ſich.

Idem est d. h. Publiciana competit, si . . bona fide emero. Es iſt klar, daß die hier erwähnte Klage ſich auf das eigene Recht des Klägers ſtützt, nicht auf das Recht eines Auktors. Es fragt ſich alſo nur, ob als Kläger jemand zu verſtehen iſt, der ein Haus zu Eigenthum gekauft und als ſolches beſeſſen, oder jemand, der ein Haus zu ſuperficiariſchen Recht gekauft und beſeſſen hat. Es iſt ſchon an ſich ſehr unwahrſcheinlich, daß Paulus hier lehren ſollte, daß Grund und Boden, daß ein Haus, an welchem eine Superficies beſteht, vom Eigenthums-Beſitzer ebenſogut mit der Publiciana verfolgt werden könne, als jeder andere Grund und Boden, jedes andere Haus, an welchem ein ſolches Recht nicht beſteht, oder als ſolche, an welchen dutzendweiſe

Servituten beſtehen, von welchen dieſes nirgends ausdrücklich geſagt und doch von niemanden bezweifelt wird. Es iſt aber ganz und gar wider den Sprachgebrauch der Quellen, wenn „insula superficiaria" das Gebäude in ſeinem Verhältniß zum Eigenthümer oder Eigenthums-Beſitzer, das Eigenthum oder den Eigenthums-Beſitz des Hauſes und nicht vielmehr das Gebäude in ſeinem Verhältniß zum Superficiar oder ſuperficiariſchen Beſitzer, das Recht der Superficies oder den titulirten Quaſi-Beſitz deſſelben bedeuten ſollte. Das lehrt jeder §. des Titels de superficiebus D. 43, 18, vor allem l. 2 D eod. Und daß die Römer, wenn ſie eine Superficies kauften, nicht vom Kauf eines Rechts, ſondern vom Kauf einer Sache ſprachen, zeigt cit. l. 32 D. de contr. e. 18, 1 (Qui tabernas argentarias vel ceteras, quae in solo publico sunt, vendit, non solum, sed jus vendit), während aus cit. 66 pr. D. 21, 2, cit l. 21 §. 1 D. 19, 1 und cit. l. 71 §. 5 u. 6 D. 30 ein gleiches für das der Superficies ja faſt ganz gleich ſtehende Vectigalrecht hervorgeht. Es iſt ſonach ſicher das superficiariam insulam emero auf den Kauf eines Gebäudes zu ſuperficiariſchen Recht oder — juriſtiſcher geſprochen — auf den Kauf eines ſuperficiariſchen Rechtes, ſomit die Publiciana auf den Beſitz dieſes Rechtes zu beziehen.

Hiedurch nehmen wir für das Recht der Superficies auch gar nicht im Entfernteſten etwas Abſonderliches, etwas von ihren bekannten Sätzen Abweichendes an. Niesbrauch, Uſus und Servituten beſtehen ja an der Superficies vor dem Prätor zu Recht, werden von ihm mit Rechts- und Beſitzesklagen geſchützt, als wären ſie vom Eigenthümer beſtellt. (l. 1 §. 6 7. 9 D. de sup. 43, 18.)

Ja er ſagt im Edikt ganz allgemein, nachdem er für die Superficies ein poſſeſſoriſches Interdikt aufgeſtellt: Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo. Und weßhalb ſollte er eine Publiciana für ſie nicht gegeben haben, da er ja eine in rem actio für ſie gab? — (l. 1 §. 1 in f. §. 3 in f. §. 6 D. 43, 18.)

Es frägt ſich für §. 3 noch: Wer iſt der non dominus, von welchem der Kläger in gutem Glauben, alſo ohne Kenntniß dieſer ſeiner negativen Eigenſchaft, im Wahne ſomit, er ſei dominus,

gekauft haben ſoll? — Iſt es jemand, der von ihm fälſchlich für den Eigenthümer des Hauſes oder fälſchlich für einen Superficiar gehalten worden iſt? Nicht nur der Wortlaut, ſondern auch der einſchlagende Sprachgebrauch ſpricht für erſteres. Denn unter der nicht ganz unbedeutenden Zahl Digeſten-Stellen, welche von der Superficies oder dem Vectigalrecht reden, iſt meines Wiſſens keine, welche „dominus" für den Berechtigten und nicht für den Eigenthümer gebrauchte, und die zahlreichen Kodex-Stellen, in welchen wenigſtens der Emphyteuta dominus genannt wird, ſind meines Wiſſens ſämmtlich erſt aus nachklaſſiſcher Zeit, wo mit der ſcharfen Scheidung der Begriffe auch die der Ausdrücke geſchwunden war.

Uebrigens mag Paulus unter dem fraglichen Ausdrucke gerne hier auch denjenigen mit begriffen haben, der vom Käufer fälſchlich für einen Superficiar gehalten war, ohne ſolches und ohne Eigenthümer zu ſein. Jedenfalls iſt auch nach einem Kauf von einem ſolchen die ſuperficiariſche Publiciana zuzulaſſen. Denn der mit si eingeleitete Satz enthält ja nicht die Summe aller Möglichkeiten derſelben, ſondern nur ein Beiſpiel einer ſolchen; wie ja auch niemand daran zweifeln wird, daß in dem „emero" nur ein Beiſpiel der Geſchäfte angegeben, welche auf Uebertragung oder Beſtellung einer Superficies gerichtet ſein können.

Mehr als verkehrt aber wäre es, wenn man aus dem Umſtande, daß für die ſuperficiariſche Publiciana der Fall der Beſtellung durch einen Nicht-Eigenthümer ausdrücklich hervorgehoben, für die vectigaliſche Publiciana dies aber nicht geſchehen iſt, ableiten wollte, daß letztere in ſolchem Falle gar nicht gegeben ſei. „Competit, si forte bona fide mihi tradita sunt" ſagt Paulus ganz allgemein von ihr, und daß er den fraglichen Fall bei der Superficies und nicht beim Vectigalrecht hervorhebt, iſt höchſt natürlich. Jene kam ja ebenſo an privatem, als an öffentlichem Eigenthum und ſomit nach deren Zahlenverhältniſſe wahrſcheinlich an erſterem unendlich häufiger, als an letzterem vor; bei ihr mußte alſo der fragliche Fall täglich vorkommen. Das Vectigalrecht dagegen war ja nur an öffentlichem oder heiligem Eigenthum möglich, und es war noch dazu weil die Ländereien des Staats, des Kaiſers, der Städte, der Tempel, der Prieſter-Collegien doch meiſtens größere zuſammenhängende Flächen einnahmen

und Unbefugte sich doch nicht so leicht als deren Beamte auszugeben vermochten, ein Irrthum über die Person des Eigenthümers oder seines Vertreters, wie er für die Ersitzung im fraglichen Falle nöthig war, wohl nur äußerst selten möglich. Es mag daher gerne sein, daß Paulus, als er unsere Stelle schrieb, diesen Fall gar nicht vor Augen hatte. Nur das müssen wir fest behaupten, daß er ihn nicht ausschließen wollte und daß derselbe vor allem für das Justinianeische Recht, wo sich Superficies und Vectigalrecht auch in Bezug auf ihre Statthaftigkeit gleichstehen, nicht als ausgeschlossen betrachtet werden darf. Daß Paulus diesen Fall nicht im Auge gehabt habe, kann übrigens nicht etwa aus dem voranstehenden „In vectigalibus" abgeleitet werden. Denn es ist falsch, wenn Arndts, (Rechts-Lex. a. a. O. N. 124 im Anf.) sagt: „Hier wird ein ager vectigalis, *also eine bestehende* Emphyteusis, schon vorausgesetzt. Ein Vectigalgrundstück ist nicht allein ein Grundstück, an welchem ein Vectigalrecht — eine Emphyteuse — zur Zeit besteht. Auch ein Grundstück, an welchem eben das Vectigalrecht erloschen ist, ist deßhalb doch noch ein Vectigal-Grundstück, so lange es nur seiner Bestimmung, zu Vectigalrecht ausgethan zu werden, nicht geradezu entzogen ist. Solches widerfuhr dem Staats-Ackerland mit kaum beachtenswerthen Ausnahmen aber nur, wenn es aus öffentlichem Eigenthum in privates überging, somit nur, wenn es zugleich die *Fähigkeit*, Vectigalland zu sein, verlor. Vectigalia praedia bedeutet deßhalb weiter nichts, als ager publicus im Verhältniß oder wenigstens mit Rücksicht auf seine Nutzungs-Berechtigten.

III, C. Ueberhaupt würden wir zu seltsamen Resultaten kommen, wenn wir die Worte unserer Stelle auf solcherlei Art pressen wollten. Das zeigt sich besonders, wenn wir nachforschen, unter welchen Voraussetzungen die in unserer Stelle erwähnten publicischen Klagen gegeben werden. Wird die vectigalis etwa gegeben, si bona fide mihi *tradita* sunt praedia? die superficiaria dagegen, si bona fide *emero*? — Sicherlich doch wohl beide nur „si bona fide emero *et* si bona fide mihi tradita sunt! Es ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß hier, wie unzählige Male in den Quellen, wo von der Publiciana oder der usucapio des Eigenthums-Besitzers die Rede ist und es nicht gerade darauf ankommt, die

Erforderniſſe ſelbiger ohne Ausnahme alle aufzuzählen, das eine Mal nur die Beſtellungsform des Rechts, das andere Mal nur der Vertrag, zu deſſen Erfüllung die Beſtellung geſchehen, erwähnt wird.

Dann aber ſind hier die Analoga der für die letztgedachte Publiciana beſtehenden Erforderniſſe vorausgeſetzt und verlangt.

Dies würde indeß ſchon daraus folgen, daß die hier erwähnten publiciſchen Klagen zwiſchen einer Menge dieſer Art aufgeführt ſind, ohne von ihnen durch irgend einen Zuſatz in der Bezeichnung unterſchieden zu werden. Es würde auch daraus geſchloſſen werden dürfen, daß die im Bereich der Superficies vorkommenden Klagen mit Ausnahme des Interdictum de superficiebus, bei welchem aber nach l. 1 §. 2 D. 43, 18 alles, wie beim Id. Uti possidetis war, nach cit. l. 1 §§. 6. 8 u. 9 ſämmtlich nur Anwendungen der für dieſelben Verhältniſſe im Bereich des Eigenthums beſtehenden Klagen waren.

IV. Auch für das neueſte römiſche Recht, aus welchem wenigſtens der Name des Vectigalrechtes ſo gut wie verſchwunden iſt, im erſten Theile unſerer Stelle praktiſches Geſetzeswort zu ſehen, wie ſolches für daſſelbe ohne allen Zweifel in ihrem zweiten Theile enthalten iſt, dazu weiſt uns Kaiſer Juſtinian an, indem er im folgenden Pandekten-Titel (6, 3) ſagt: Ager vectigalis, id est emphyteuticarius. Daß dieſe Weiſung auch im byzantiniſchen Reiche immer befolgt iſt, lehrt die in den Baſiliken a. a. O. ſich findende Ueberſetzung des „In vectigalibus“ mit: „*Ἐπὶ τῶν ἐμφυτευτικῶν.*“

Faſſen wir die gedachte Anweiſung des Titels D. 6, 3 dahin auf, daß wir in Juſtinians Geſetzbüchern ſtets ſtatt des einzelnen Wortes „vectigalis“ „emphyteuticarius“ leſen, ſo können wir dem usucapi im §. 2 freilich nicht mehr die allgemeine Bedeutung laſſen, welche es in Paulus Werke hatte. Wir müſſen dann mit den Scholiaſten der Baſiliken, in welche eine wörtlich Ueberſetzung auch dieſer Worte aufgenommen iſt, (*τῶν μὴ δυναμένων διὰ χρήσεως κυριευθῆναι*) hinzudenken „von dem emphyteutiſchen (oder dergl.) Beſitzer.“ *Ταῦτα δὲ (τὰ διηνεκῶς μισθοθέντα καὶ τὰ κατ' ἐμφύτευσιν ἐκδιδόμενα οὐδὲ δύναται παρὰ τῶν αὐτοε ἀντα ἐξειληφότων οὐσονκαπιτευ-*

εσθαι, sagt Stephanos, während die betreffende Bemerkung des Enantios lückenhaft ist.

Wir müssen dann auch in den aliis praediis, welche ja nicht mehr Ländereien von Tempeln und Priester-Kollegien sein können, entweder mit jenen solche eines σύστημα, einer ὅμας, d. h. eines Kollegiums oder überhaupt einer juristischen Person Ländereien der Stadt-Magistrate und der geistlichen und milden Stiftungen oder auch besondere Arten kaiserlicher Güter sehen, welche bald unter die emphyteutischen gerechnet, bald von ihnen unterschieden werden. (C. de fundis patrimonialibus et saltuensibus et emphyteuticis 11, 61. S. bes. in l. 7 ad emphyteusin fundorum patrimonialium). In beiden Fällen paßt das quae usucapi non possunt; ja wir brauchen in beiden Fällen seine ursprüngliche Bedeutung nicht zu beschränken.

Indeß dürfen wir die fragliche Weisung sicher auch als solche auffassen, das im Gesetzbuch mit den Worten früherer Zeiten vom Vectigalrecht gesagte auf die Emphyteuse zu beziehen, und dann besagen die Worte: „In vectigalibus et in aliis praediis qua usucapi non possunt" eben weiter nichts, als: In emphyteuticariis praediis, in emphyteusibus. Es ist aber dann den Kompilatoren daraus, daß sie einige überflüssige Worte mit aufnahmen, hier um so weniger ein Vorwurf zu machen, weil diese den der ganzen Stelle im Gesetzbuch zu Theil gewordenen Sinn höchstens zu verdunkeln vermögen, ihm aber keineswegs widersprechen. Ja es kann sogar sein, daß, wie wahrscheinlich Paulus einst den Zusatz „et in aliis" machte, um ausdrücklich zu sagen, daß das hier vom Vectigalland Angegebene auch von den ihm ganz gleichstehenden, aber nicht gerade mit seinem Namen bezeichneten Ländereien gölte, — daß so auch die Kompilatoren ihn stehen ließen, weil es Ländereien gab, welche im Grunde emphyteutische waren, aber wegen der besondern Verwaltung, unter welcher sie standen, oder auch wegen einzelner ihnen eigenthümlicher Rechtssätze oder richtiger Begünstigungen häufig mit besonderen Namen bezeichnet wurden.

Vor allem aber darf man für Justinian's Gesetzbuch nur nicht das quae usucapi non possunt zu stark betonen, so stark es auch für Paulus Edikts-Kommentar betont werden mußte. Denn

dann beſagt unſere Stelle, daß das Eigenthum eines Ackerguts, an welchem eine Emphyteuſe beſteht, nie erſeſſen werden könne, alſo auch nicht von demjenigen, welcher die gehörige Anzahl Jahre lang vom Emphyteuta den Kanon erhebt und in dieſer Zeit etwa attestationes emphyteuticae — Meierbriefe — ausſtellt, Laudemien empfängt oder Abtreibungen vornimmt. Das wird aber doch wohl kein Menſch behaupten wollen.

V. Wir haben erſten geſehen, wie von der Statthaftigkeit der Publiciana des Eigenthums-Beſitzers ohne Weiteres auf die der usucapio, bezw. der Erſitzung des Eigenthumes zu ſchließen iſt. Es iſt ſicher nicht gewagt, von der Statthaftigkeit der vectigaliſchen und ſuperficiariſchen Publiciana auf die der usucapio des Vectigalrechts und der Superficies, von der Statthaftigkeit der emphyteutiſchen und ſuperficiariſchen Publiciana auf die der Erſitzung der Emphyteuſis und Superficies zu ſchließen. Denn dieſe Klagen ſind ja nur eine Nachahmung, ein Abbild der anderen. Dieſen Schluß machen auch die mehr genannten Scholiaſten, oder vielmehr ſie nehmen die Erſitzung als mit der Publiciana ſtillſchweigend angeordnet an. Daß aber in unſerer Stelle die Erſitzung nicht auch erwähnt wird, iſt höchſt natürlich. Wie die Vergleichung mit ll. 2. 4. 6. 10 D. 6, 2 ergiebt, handelte Paulus im 19. Buche ſeines Edikts-Kommentars, in welchem unſere Stelle ſtand, von der Publiciana, während er — der Ordnung des Ediktes folgend — erſt im 54ten Buche deſſelben Werkes ex professo die usucapio behandelte, wie aus den folgenden Stellen ſich ergiebt: l. 2. 4 D. de usurp. et usuc. 41, 3. l. 2 D. pro emt. 41, 4. l. 1 D pro don. 41, 6. l. 2 D. pro derel. 41, 7. l. 2 u. 4 D. pro leg. 41, 8. l. 2 D. pro dote 41, 9. l. 2 D. pro suo 41, 10. cf. l.l. 8. 11. 12 D. 41, 3.

Daß die Erſitzung der Emphyteuſis nach Analogie derjenigen des Eigenthumes Statt fand und Statt findet, folgt dann nach dem Obigen von ſelbſt.

Wenn aber Puchta in den Inſtitutionen II, S. 691 unter Berufung auf unſere Stelle dem vectigaliſchen und emphyteutiſchen Beſitzer auf Grund ſeines eigenen Beſitz-Erwerbes die Publiciana giebt, dann aber ſagt, die Quellen ſchwiegen ganz und gar über die fragliche Erſitzung, ſo widerſpricht dies wenigſtens

in Betreff des Vectigalrechtes geradezu dem, was er daselbst S. 113 sagt, „der Richter sei durch die Klagformeln mit Fiktion nur angewiesen worden, unter den im Zusatz ausgedrückten Voraussetzungen zu urtheilen, wie wenn die eigentlichen Voraussetzungen der Klage existirten.“ Auch ist die Schweigsamkeit der Quellen in dieser Frage sicher nicht dadurch veranlaßt, daß dieselbe, wie Puchta meint, so ganz und gar unpraktisch gewesen wäre. Anlagen, die er selbst gemacht, das ist freilich recht, erhielt der emphyteutische Besitzer im guten Glauben vom vindicirenden Eigenthümer oder Emphyteute ersetzt; aber für diejenigen, welche die ganze Reihe seiner Vorwirthe gemacht, hatte er doch oft nur die Evictionsklage gegen seinen Auktor, die wahrhaftig leicht unendlich weniger werth sein konnte, als jene.

Nach dem, was wir ersten sahen, ist in unserer Stelle ausdrücklich die Publiciana — und somit ist es auch stillschweigend die Ersitzung — ganz ohne Beschränkung, wie die Publiciana des Eigenthums-Besitzers gegeben. Schon danach ist es unrecht, wie freilich auch Arndts im Rechts-Lex. a. a. O. thut, sie nur auf sog. translative Ersitzung zu beziehen. Es ist dies aber auch aus anderen Gründen wohl nicht richtig.

Das römische Recht kennt — wenn es dieselbe nicht eben in dieser Stelle macht — die Unterscheidung zwischen sog. translativer und sog. konstitutiver Ersitzung gar nicht. Der durch jenen Ausdruck bezeichnete Fall ist bekanntlich weder bei den eigentlichen Servituten möglich, weil diese immer Zubehör des Eigenthums an einer und derselben Sache sind, noch beim Usufruktus oder Usus, weil diese immer nur für eine einzige individuellbestimmte Person bestehen, und bei dem andern Rechte an fremder Sache, welches das römische noch hat, dem Pfandrecht, kennt es bekanntlich Ersitzung überall nicht.

Die fragliche Unterscheidung ist außerdem eine theilweise Verneinung des der Ersitzung zu Grunde liegenden Princips. Durch dieselbe wird aus titulirtem Besitz Recht, und indem solches entsteht, wird natürlich altes aufgehoben, ohne daß es dabei auf Wissen oder Willen des Berechtigten irgend ankommt. Die Fälle der sog. translativen Ersitzung sind aber von den andern dadurch unterschieden, daß bei ihnen der Gegenstand des neu-

entſtandenen Rechtes vom Eigenthümer dazu beſtimmt war, Gegenſtand eines ſolchen Rechtes für andere zu ſein, und daß daher nur die Perſon ſeines Inhabers ohne den Willen des Eigenthümers gewechſelt hat.

Eine ſolche Unterſcheidung können wohl weder Paulus noch die Kompilatoren ſtillſchweigend haben einführen wollen! Außerdem kömmt das für die Superficies gegebene Beiſpiel wohl ſeltener als translativer Fall vor; es ſcheint vielmehr geradezu auf ſog. konſtitutive Erſitzung hinzudeuten.

VI. Für den Fall, daß die vorgetragene Auslegung der l. 12 §. 2 u. 3 D. 6, 2 nicht zu Recht beſtünde, möchte ich noch das folgende für die ordentliche Erſitzung der Emphyteuſis und Superficies bemerken.

Für diejenigen, welche außerordentliche Erſitzung zulaſſen, liegt wohl kein rechter Grund vor, die ordentliche auszuſchließen. Denn wie wir eingangs ſahen, redet l. 18 C. de praescr. 30 vel 40 ann. 7, 39 geradezu nur von dem, der als Eigenthümer beſitzt. Sie wenden alſo dieſes Geſetz analog an. Da aber die beiden eben gedachten Arten der Erſitzung principiell nicht verſchieden ſind, iſt es ſicher folgerichtiger, auch zugleich die Geſetze über ordentliche Erſitzung hier analog anzuwenden.

Wenn man hier überhaupt 10jährige Erſitzung zuläßt, ſo muß man ſie entſchieden nach Analogie derer des Eigenthums zulaſſen.

Es würde dies ſchon daraus folgen, daß für die in der beſprochenen Stelle gegebene Klage Erforderniſſe aufgeſtellt werden, welche den für die Erſitzung des Eigenthums beſtehenden analog ſind.

Wer aber in der Erklärung der Stelle nicht einmal bis zu ſolchem Reſultate mit uns übereinſtimmt, wird ſicherlich mit uns die Gründe verwerfen, welche für die Anwendung der bei den Servituten geltenden Sätze angeführt werden.

Nach Thibaut ſoll ſolche aus l. 11 C. de fundis patr. 11, 61 folgen. Daß dieſe Stelle in unſerer Frage gar nicht verwandt werden kann, haben wir oben geſehen.

Nach Glück entſcheidet, daß die Superficies und Emphyteuſis, wie die Servituten, Rechte an fremden Sachen ſind. Abgeſehen davon, daß gar nicht feſtſteht, ob die ſog. perſönlichen Servituten, wie die eigentlichen erſeſſen werden, ſo folgt daraus, daß

bei verschiedenen Arten von Rechten an fremder Sache Ersitzung Statt hat, doch ganz und gar nicht, daß solches nach gleichen Grundsätzen geschieht. Im Zweifel kann wohl nur die Analogie desjenigen Rechts angewandt werden, mit welchem das fragliche zumeist oder in der Regel gleich behandelt wird. Es ist in unserem Falle aber das Eigenthum, nicht die Servituten. Das emphyteutische Recht wird in l. 1 D. de cond. tritio. 13, 3 sogar mit dem Eigenthum zusammen dem Niesbrauch und den Servituten entgegengestellt.

Aber auch schon darum ist in unserer Frage für die Analogie des Eigenthums zu entscheiden, weil die für Superficies und Emphyteusis eingeführten Klagen als in rem actiones, nicht als confessoriae bezeichnet werden, also nach Analogie der Eigenthumsklage und daher auch in ihren Fortbildungen nach Analogie der parallelen Fortbildungen jener Klagen gegeben sein müssen.

Dies spricht zugleich im Allgemeinen für die Annahme einer Ersitzung der fraglichen Rechte. Es spricht dafür auch der Umstand, daß das römische Recht — mit der alleinigen, leicht erklärlichen Ausnahme der Antichresis — bei allen dinglichen Nutzungsrechten eine Ersitzung anerkennt und daß die fraglichen Rechte zwischen Niesbrauch und Eigenthum gerade in der Mitte stehen.

Indeß möchte ich für den Fall, daß die Quellen keinen Bescheid gäben, hiedurch den Streit, ob überhaupt Ersitzung oder nicht, doch keineswegs mit Schmid für unsere Ansicht so ganz entschieden halten. Denn der hiedurch für dieselbe begründeten Vermuthung steht doch immer das Bedenken gegenüber, daß die Ersitzung nirgends in den Quellen als allgemeine Eigenschaft der dinglichen Nutzungsrechte bezeichnet wird, daß sie vielmehr ein positives Institut ist, welches bei den Rechten, bei denen es vorkommt, nie aus deren Natur abgeleitet wird.

Auch dem öfter angeführten Grunde, daß, wenn das Eigenthum, so vielmehr auch die geringere Befugnisse enthaltende Emphyteusis u. s. w. der Ersitzung frei zu stellen sei, möchte ich wenigstens nicht allzuviel Gewicht beilegen, da er am Ende auch für die Ersitzung des Pfandrechtes sprechen dürfte.

Dieselbe Erwägung wirft auch den von Schweppe a. a. O.

wesentlich aufgestellten Grund um, daß nämlich der Emphyteuta die rei possessio gehabt habe und an diese stets die praescriptio geknüpft gewesen sei. Daß die Vectigalleute und später die Emphyteuten in den Provinzen die praescriptio hatten, ist wohl anzunehmen, aber sicher nur, weil aus l. 12 §. 2 D. 6, 2 hervorgeht, daß sie in Italien die usucapio hatten.

Dagegen möchte ich aber auch die gegen die fragliche Ersitzung angeführten positiven Gründe als gänzlich haltlos bezeichnen.

Als solcher findet sich u. a. bei Vangerow, a. a. O. N. 2, angegeben, daß es bei der Emphyteusis nicht, wie bei den Servituten einen Quasi-Besitz des Rechts, sondern nur einen Besitz der Sache selbst gäbe, und daß nur dasjenige ersessen werden könne, was auch besessen werde. Den letzteren Theil der Behauptung erkennt wohl jedermann als richtig an. Der erstere ist entschieden falsch, wenn er gleich Savigny's Autorität für sich hat (Sav. Besitz §. 47 Note 1). Denn wenn jemand wegen des großen Inhalts des von ihm an der Sache ausgeübten Rechtes als Besitzer der Sache selbst, d. h. so angesehen wird, als übe er das Eigenthum selbst aus, so folgt doch daraus, so lange die Gesetze nicht das Gegentheil ausdrücklich bestimmen, — das behauptet hier aber niemand — daß die Ausübung seines Rechts auch als Besitz desselben, der ja nur ein Theil des Eigenthums-Besitzes ist, anzusehen ist. So wird auch dem Niesnutzer gewöhnlich nur Sachbesitz zugeschrieben; aber l. 4 D. Uti poss. 43, 17 redet von „usus fructus possessio" und l. 3 §. 17 D. de vi 43, 16 von „usus fructus nomine quasi in possesione esse." Aber auch die von ihm ausgeübten Nutzungsrechte kommen in ihrer augenblicklichen Erscheinung denen des Eigenthümers ziemlich gleich. (cf. Arndts, (6) Pand. §. 187 bei Note e.) Es ist auch dies Mißverständniß eines von den vielen, welche daher stammen, daß man die Sache selbst statt des vollen Rechtes und später auch statt der unvollkommenen, dem Eigenthum aber nahe kommenden Rechte zu setzen sich gewöhnt hat. Daß beim Faust-Pfandrecht Sachbesitz und doch kein Quasi-Besitz statt findet, wird mir wohl niemand zur Widerlegung entgegen halten. Denn nicht wegen des Umfangs seiner Rechte an der Sache wird dem Faustpfand-

Gläubiger Sachbesitz zugeschrieben; sondern er hat ihn von Natur, weil er ihm vom Eigenthümer ausdrücklich übertragen ist.

Sintenis, a. a. O. S. 530, und Du Roi, a. a. O. S. 397 unten, wollen die Ersitzung der Emphyteusis hauptsächlich deßhalb nicht zulassen, weil die Errichtung derselben auf einem Vertrage beruhe, eine locatio conductio sei, ein Vertragsrecht, eine locatio conductio aber nie und nimmer ersessen werden könne. Das letzte ist äußerst richtig. Auch beruht die Errichtung einer Emphyteuse gewöhnlich auf Vertrag und meist auf einer locatio conductio. Sie ist aber kein (obligatorischer) Vertrag, sondern Bestellung eines dinglichen Rechtes, gerade wie die Uebertragung des Eigenthums oder die Bestellung von Servituten kein Vertrag ist, aber gewöhnlich in Folge eines solchen geschieht, letztere sogar wahrscheinlich durch solchen geschehen kann. Die emphyteutischen Verpflichtungen aber, welche auch derjenige Emphyteuta hat, der es durch Ersitzung geworden, werden ja keineswegs durch deren Zulassung an und für sich zu Gegenständen der Ersitzung gemacht. Ihre Erfüllung ist nur die Bedingung des Bestandes eines jeden emphyteutischen Rechtes; sie sind dessen Zubehör oder vielmehr dessen Modalität. Wenn das Recht mit solcher überhaupt noch als dingliches möglich ist, so entspringt aus ihr auch kein Hinderniß gegen dessen Ersitzung.

Wenn man aber ohne positive Autorisation die fragliche Ersitzung nur auf Grund von Analogien Statt finden zu lassen sich berechtigt glaubt, so ist man es der Konsequenz schuldig, diese Analogie auch ganz durchzuführen und nicht Unterschiede von translativer und konstitutiver Ersitzung zu machen, welche das römische Recht bei keiner der von ihm erwähnten Ersitzungen kennt. Daß man hiedurch jedenfalls gegen das römische Recht fehlt, unterliegt wohl keinen Zweifel, so stark solcher auch für und gegen das Ja der ganzen Frage sein kann.